

LE STATUT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL À LA LUMIÈRE DES ENSEIGNEMENTS DU DROIT COMPARÉ

Por CONSTANCE GREWE*

TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION.—2. LE STATUT DU JUGE CONSTITUTIONNEL DANS UNE PERSPECTIVE KELSENIENNE: A) Les implications de cette perspective. B) Les pays qui s'en inspirent.—3. LE STATUT DU JUGE DANS UNE PERSPECTIVE PLUS EUROPÉENNE DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX: A) Les implications de cette perspective. B) Les pays qui s'en inspirent: a) *La désignation des juges.* b) *Le mandat des juges constitutionnels.*

1. INTRODUCTION

Dans son « Opinion dissidente », René de Lacharrière a soumis l'institution du Conseil constitutionnel et son statut à une critique impitoyable, évoquant en particulier le « pouvoir suprême de censure confié à neuf personnes totalement irresponsables, arbitrairement désignées et, de surcroît, en fait le plus souvent choisies selon les aimables critères de la faveur personnelle »¹. Les données juridiques n'ont guère changé depuis 1980, puisqu'encore aujourd'hui le statut du juge constitutionnel français se caractérise par le rôle prépondérant de la majorité politique lors de la dési-

* Catedrática (*Professeur*), sucesivamente, de las Universidades de Chambéry, Caen y, desde 1997, de la Universidad Robert Schuman (Estrasburgo III). Vicepresidenta de la Asociación Francesa de Constitucionalistas. Miembro del Consejo de Administración de la *Societas Iuris Publici Europaei*. Experta ante el Consejo de Europa. Vicepresidenta (Vicerrectora) de la Universidad Robert Schuman desde septiembre de 2003. Miembro del Consejo de Redacción de la revista *EuGRZ* (*Europäische Grundrechte Zeitschrift*). Autora, entre otras muchas publicaciones, junto a Hélène Ruiz Fabri, de la obra *Droits constitutionnels européens* (PUF, París, 1995).

¹ R. DE LACHARRIÈRE, « Opinion dissidente » in : *Pouvoirs* n° 13, 1980 p. 133-150 (133 et s.).

gnation des juges et par le pouvoir du Président de la République pour la nomination du président du Conseil. Conjugué à l'absence de garantie quant aux qualifications juridiques, ce statut suscite la critique. Pourtant cette organisation s'explique assez naturellement par les objectifs poursuivis en 1958 avec la création du Conseil constitutionnel. Il s'agissait alors d'instaurer une justice plus « politique » que constitutionnelle afin de garantir la surveillance du Parlement et de son nouveau domaine d'intervention. L'évolution s'est nettement écartée de ce modèle ; le Conseil constitutionnel et sa jurisprudence se sont progressivement rapprochés des autres juridictions constitutionnelles en Europe.

Cette phase de la convergence progressive semble pourtant désormais achevée. Le Conseil est entré dans l'ère des turbulences. Cela signifie-t-il que la plasticité du système a atteint ses limites, qu'on est arrivé au bout du rapprochement possible avec les juridictions constitutionnelles européennes, qu'il est donc nécessaire de modifier le système si on veut poursuivre le mouvement ou est-on en présence d'un simple incident, d'une crise momentanée qui peut être résorbée sans mettre en cause l'orientation générale dans laquelle la justice constitutionnelle française est engagée ? La science juridique n'est certes pas un outil d'anticipation ; on ne saurait donc prognostiquer la nature plus conjoncturelle ou plus structurelle de la crise actuelle. Mais ce que l'observation introvertie du système français ne peut révéler, peut-être une observation plus extravertie sous la forme d'une comparaison permet de déceler. Cette comparaison prendra pour référence principale les pays dans lesquels la justice constitutionnelle est déjà bien établie ; il s'agit surtout des Etats d'Europe occidentale membres de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne. L'objectif n'est donc pas ici de se livrer à une prévision mais plus modestement de confronter le système français à ses homologues européens afin de savoir dans quelle mesure le statut du Conseil constitutionnel fait exception et s'il convient d'y mettre fin.

Le statut ou la structure des Cours constitutionnelles recouvre essentiellement les questions relatives aux modalités de désignation, à la composition et à l'organisation du mandat. Comme le suggère l'approche en termes de structure, le thème du statut ne se réduit pas à une simple affaire d'organisation technique mais paraît lié aux raisons d'être et aux fins ultimes de la justice constitutionnelle.

Dans ce domaine, il est d'usage d'opposer le modèle américain de justice constitutionnelle au modèle européen² en superposant à cette classification l'idée que le modèle européen, parce qu'il privilégie le contrôle de la loi concentré entre les mains d'une Cour constitutionnelle spécialisée,

² Voir notamment L. FAVOREU, « Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle », *AJIC* 1988, p. 51-66.

s'inspire des idées kelseniennes et des mécanismes mis en place d'abord en Autriche. Or, cette assimilation s'avère de plus en plus inexacte au regard de la pratique³. Dès lors, il convient de s'interroger également sur la valeur ou la pertinence du modèle kelsenien quant au statut de la Cour.

Cette question me paraît particulièrement importante à poser en France, car c'est dans ce pays que la distinction entre les deux modèles est le mieux reçue et c'est peut-être là aussi que l'héritage kelsenien est resté le plus fort, grâce aux efforts prodigués successivement par Charles Eisenmann, Louis Favoreu et Michel Troper auxquels on pourrait ajouter aujourd'hui Otto Pfersmann. Les raisons d'être et la fin ultime de la justice constitutionnelle en France doivent-elles donc perpétuer cet héritage kelsenien ou veut-on participer à l'évolution qui se manifeste presque partout ailleurs tendant à juxtaposer ou même à substituer à ce modèle une justice plus marquée par le souci de protéger les droits des individus ?

L'incertitude de la réponse exige, me semble-t-il, d'esquisser successivement les deux branches de l'alternative. Dans un premier temps, je supposerai donc que le Conseil constitutionnel doit se présenter dans le prolongement du modèle autrichien ou kelsenien et je confronterai en conséquence l'organisation adoptée dans les pays qui encore aujourd'hui connaissent principalement ce système aux solutions françaises (I). Dans un second temps, je supposerai au contraire que la France veut s'orienter vers un système plus « mixte », qui fait de la protection des droits son centre de gravité ou du moins un objectif central ; il s'agira alors de comparer les expériences étrangères se rattachant à cette finalité au statut du juge français (II).

2. LE STATUT DU JUGE CONSTITUTIONNEL DANS UNE PERSPECTIVE KELSENIENNE

Il convient tout d'abord de rappeler en quoi consiste cette perspective, autrement dit, quel but et quelles règles doivent présider, selon cette conception, au statut des juges d'une Cour constitutionnelle (A). Il sera ensuite possible de voir quels pays européens se sont inspirés de ce modèle et comment ils aménagent le statut de leurs juges constitutionnels pour pouvoir tirer les conséquences de cette analyse sur le statut du Conseil constitutionnel (B).

³ Voir notamment F. RUBIO LLORENTE, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », *AJJC* 1996, p. 11-29 et M. FROMONT, « La diversité de la justice constitutionnelle en Europe » in : *Mélanges Philippe Ardant*, L.G.D.J. 1999, p. 47-59.

A) Les implications de cette perspective

1. Bien que le contrôle de constitutionnalité de la loi n'occupe pas, dans l'oeuvre de Kelsen, une place majeure et que l'auteur n'y voit pas une nécessité absolue, il n'en demeure pas moins que, combiné au système mis en place en Autriche dès 1920 et à l'éloge qu'on en fait Charles Eisenmann⁴, on assiste, du moins dans la doctrine française, à l'émergence d'un véritable modèle ou système de contrôle de constitutionnalité. C'est celui-ci qu'on prendra comme référence ici, même si tous ses éléments ne figurent pas toujours explicitement dans les écrits de Kelsen.

Le contrôle juridictionnel de la loi, comme d'ailleurs de tous les actes juridiques, se relie dans la pensée de Kelsen au processus de la formation du droit par degrés⁵, souvent rendu par le terme quelque peu simplificateur de hiérarchie des normes⁶. Le contenu principal d'une norme est ainsi d'autoriser, c'est-à-dire de prévoir le mode de production des normes inférieures. Le but du contrôle est uniquement d'assurer la régularité de ce processus de production du droit.

L'objectif de ce système étant d'assurer en permanence la pureté ou la régularité du processus de création du droit, l'organisation de la justice constitutionnelle est dominée par des contentieux objectifs et des procédures abstraites.

2. Le statut du juge constitutionnel doit tenir compte des particularités de cette finalité, surtout s'il s'agit — et implicitement le modèle repose sur cette supposition — de contrôler la loi. Le contentieux de la loi est donc mis en exergue pour définir la meilleure structure de la Cour constitutionnelle. Si Kelsen considère de manière générale que la modification ou la suppression d'une norme relève de la même procédure et du même auteur que sa création, il estime cependant que la supériorité de la Constitution est mieux assurée si le contrôle de la loi est attribué à une autorité distincte du Parlement qui a ainsi, vis-à-vis de ce dernier, une faculté d'empêcher (législateur négatif). Cette fonction éminente est néanmoins juridique et peut pour cette raison être attribuée à un juge. Mais alors, pour ne pas porter atteinte à la séparation des pouvoirs, il vaut mieux que ce soit

⁴ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Rééd. Economica 1986.

⁵ Cf. surtout H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad. C. EISENMANN, rééd. Bruylant/L.G.D.J. 1999.

⁶ Sur les conséquences de cette assimilation, voir notamment O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la 'hiérarchie des normes' », in : O. BEAUD, P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, n° 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 295-324.

un juge spécial, qui, apparaissant comme le gardien de la Constitution, doit être placé en dehors de la hiérarchie judiciaire⁷.

De cette fonction de gardien de la Constitution, et plus exactement de gardien du droit constitutionnel objectif, découlent des règles particulières de désignation. Celle-ci incombe aux plus hautes autorités politiques, notamment le Président de la République auquel, par l'intermédiaire du Parlement, les partis politiques peuvent être associés. La composition de la Cour doit lui assurer à la fois sa qualification professionnelle et son indépendance. La Cour ne doit donc pas comprendre de politiciens mais uniquement des juristes éprouvés nommés pour un mandat long, voire à vie. En somme, le modèle correspond ici grosso modo au statut de la haute Cour constitutionnelle d'Autriche.

B) Les pays qui s'en inspirent

1. Les pays européens qui s'en tiennent strictement à ce modèle sont fort peu nombreux ; en effet, la vague de droit matériel qui a submergé l'Europe après la seconde guerre mondiale s'inscrit dès le départ en opposition au système autrichien. L'écoulement du temps et la pratique de la justice constitutionnelle vont encore accentuer ce décalage. Les contentieux objectifs se teintent de colorations subjectives et les procédures concrètes figurent en haut du palmarès des recours.

En fin de compte, les objectifs poursuivis par le modèle kelsenien ne se retrouvent pratiquement plus que dans le contrôle des engagements internationaux, surtout s'il est préalable comme en France, en Espagne ou comme il peut l'être en Allemagne et dans une partie des procédures abstraites. En dehors de la France, ce système n'inspire cependant de manière générale plus que l'Autriche et la Belgique. Et encore faudrait-il préciser pour l'Autriche que ce pays connaît, dès 1920, un contentieux subjectif, le recours en cas de violation par un acte administratif des droits constitutionnellement protégés et que, depuis une dizaine d'années, la jurisprudence autrichienne s'est nettement orientée vers la protection des droits⁸.

2. Les spécificités du système kelsenien n'ont pourtant pas autant d'incidences qu'on pourrait le croire sur les statuts des Cours constitutionnelles. Sans doute d'ailleurs, cette spécificité n'est pas si accusée en matière statutaire⁹. Car si la Cour autrichienne de 1920 dans laquelle Kelsen

⁷ Voir notamment sur ces points H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *R.D.P.* 1928, p. 223 et ss.

⁸ Ainsi que le confirme l'entretien d'O. PFERSMANN avec le Président de la Cour autrichienne, M. L. ADAMOVICH, reproduit au n° 7 des *Cahiers du Conseil constitutionnel*.

⁹ KELSEN lui-même note à ce propos : « on ne peut pas proposer une solution uniforme pour toutes les Constitutions possibles »..., *R.D.P.* 1928, p. 226.

a siégé était issue d'une désignation purement parlementaire, la réforme de 1929 a attribué le rôle premier en ce domaine au gouvernement. Alors que cette réorientation peut à son tour se prévaloir des écrits de Kelsen, ce dernier l'a vigoureusement critiquée¹⁰. Dans ces conditions, il est difficile d'affirmer l'existence d'une concordance automatique entre la finalité de la justice constitutionnelle et le statut du juge constitutionnel. Tout ou plus pourrait-on dire que les exigences statutaires vis-à-vis d'une Cour cantonnée dans le contrôle du droit objectif sont moindres et peuvent faire appel ou bien à l'exécutif comme autorité de désignation ou bien au Parlement.

2.1. Au-delà d'une ressemblance générale des statuts des Cours constitutionnelles, ceux du Conseil constitutionnel et de la Cour autrichienne telle qu'elle a été réformée en 1929 se rapprochent toutefois de manière significative. Ainsi la majorité des juges constitutionnels européens sont désignés par les plus hautes autorités politiques mais seules l'Autriche et la France donnent dans ce processus la faveur à l'exécutif et/ou à la majorité parlementaire. En France, on le sait, ce résultat est obtenu grâce à la conjonction des nominations faites par le Président de la République, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat.

En Autriche, le mécanisme est plus complexe. Tous les juges, c'est-à-dire le président, le vice-président, les douze juges titulaires et les six juges suppléants sont nommés par le Président de la Fédération mais le pouvoir de ce dernier est entièrement lié par les propositions qui lui sont faites. La moitié des juges ainsi que le président et le vice-président sont choisis par le gouvernement ; l'autre moitié est choisie par le Conseil national, la chambre basse du Parlement (trois titulaires et deux suppléants), et le Conseil fédéral, la chambre haute (trois titulaires et un suppléant). Le gouvernement n'est pas tout-à-fait libre dans ses propositions, puisqu'il doit choisir les futurs juges constitutionnels parmi les juges, les fonctionnaires et les professeurs d'Université des disciplines juridiques. Il en résulte que neuf sur douze juges titulaires ainsi que leurs président et vice-président sont désignés par la majorité politique en place. Celle-ci est cependant composée le plus souvent d'une coalition de telle sorte que traditionnellement ce sont les deux plus grands partis qui se partagent la désignation des juges constitutionnels. On peut évidemment s'interroger sur le destin de cette pratique dans la nouvelle conjoncture politique autrichienne.

2.2. Ce quasi-monopole donné à la majorité politique dans le processus de recrutement des juges constitutionnels trouve son prolongement dans le choix du président de la Cour. En France, ce dernier est désigné par le Président de la République, en Autriche, le président ainsi que le vice-président sont proposés par le gouvernement. Contrairement à la plupart des

¹⁰ V. T. ÖHLINGER, « Les juges constitutionnels autrichiens depuis 1945 », Table ronde, « Les juges constitutionnels », *AJIC* 1988, p. 91-100 (93).

autres Cours constitutionnelles européennes, le président n'est donc pas ici élu par le collège de ses pairs, ce qui est de nature à affaiblir l'indépendance de la juridiction.

3. Cette indépendance fait alors l'objet d'autres protections parmi lesquelles il convient de mentionner d'abord le régime des incompatibilités qui, sans être identique, rapproche une fois encore la France et l'Autriche. Ainsi le mandat de juge constitutionnel est incompatible avec tout autre mandat électif ; en outre, les juges constitutionnels ne peuvent être nommés dans un emploi de la fonction publique mais ils peuvent cumuler leur mandat avec l'exercice de fonctions publiques, notamment de professeur d'Université, ou privées (avocats ou emploi dans une entreprise) dans le respect de leur « indépendance et de la dignité de leurs fonctions » comme le formule l'art. 7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958. Le collège des juges est seul compétent pour se prononcer sur le respect de ces obligations. Dans les deux pays, le constituant et le législateur considèrent donc que la fonction de juge constitutionnel n'est ni suffisamment prenante ni suffisamment exclusive pour empêcher une autre activité. Cette réglementation suscite, en Autriche¹¹ surtout, des critiques croissantes, à la fois pour des raisons de volume du travail mais également à cause du risque de partialité. Le législateur français a essayé de juguler ce dernier en imposant aux juges constitutionnels des obligations de réserve spécifiques mais ces obligations ne concernent que l'expression publique de l'opinion du juge et non pas sa dépendance objective possible de certains intérêts.

4. Là s'arrêtent cependant les rapprochements et commencent les différences, même entre la Cour autrichienne et le Conseil constitutionnel français. Ces différences concernent à la fois les conditions du recrutement et la durée du mandat.

4.1. C'est surtout la première relative aux qualifications nécessaires qui paraît importante. Si le droit français ne formule à ce sujet aucune exigence, le droit autrichien prévoit au contraire des conditions identiques et rigoureuses pour tous les juges. Il s'agit d'abord d'une formation juridique sanctionnée par le diplôme universitaire correspondant et ensuite d'une expérience professionnelle de dix ans pour laquelle des études juridiques sont nécessaires ; sont donc visées les professions d'avocat, de magistrat et de notaire ainsi que celles de professeur de droit et de fonctionnaire de l'administration. De fait, ce sont les professeurs de droit public et les fonctionnaires qui dominent à la Cour.

La pratique française qui s'aligne plus ou moins sur ces exigences est moins univoque à cet égard et les professions représentées au Conseil cons-

¹¹ Cf. T. ÖHLINGER, *Verfassungsrecht*, 4^{ème} éd., WUV-Studienbücher, Vienne 1999, p. 413 avec des références bibliographiques.

titutionnel sont à la fois plus variées et plus politiques ; ainsi le nombre d'anciens parlementaires ou d'anciens ministres est élevé¹² alors que ceux-ci sont presque inexistantes en Autriche¹³ conformément d'ailleurs aux vœux de Kelsen. La Belgique ne s'y conforme pas davantage, sa Constitution prescrivant ouvertement le recrutement de la moitié des juges parmi des juristes et de l'autre moitié parmi les parlementaires.

4.2. Une dernière différence concerne le mandat dont la durée en France est de neuf ans avec un renouvellement triennal partiel alors que les juges constitutionnels autrichiens et belges sont nommés jusqu'à l'âge de leur retraite, fixé à 70 ans. Plus un juge sera nommé jeune — et pratiquement cette nomination peut intervenir à partir de 35 ans à l'accomplissement des conditions professionnelles exigées, — plus son mandat sera donc long, ce qui peut conduire à un certain immobilisme de la Cour et de la jurisprudence, comme cela s'est produit en Autriche au cours des années 70. S'il est vrai qu'un mandat illimité confère une garantie précieuse d'indépendance, le prix à payer paraît tout de même élevé.

Pour autant que la Cour constitutionnelle autrichienne incarne toujours le modèle kelsenien, force est donc de constater la ressemblance de son statut avec celui du Conseil constitutionnel tandis que les différences avec la Cour d'arbitrage sont plus profondes. Ressemblance n'est cependant pas identité et, dans cette perspective, on pourrait sans doute améliorer le statut du Conseil constitutionnel. Le plus essentiel paraît, à ce titre, d'exiger des diplômes juridiques, voire l'exercice d'une profession juridique ou juridictionnelle au moins pour une partie des juges. Mais, quoi qu'on en pense à titre personnel, tout le reste de l'organisation actuelle, notamment la désignation par la majorité politique en place et le choix du président du Conseil constitutionnel par le Président de la République, paraît compatible avec ce système, précisément parce que celui-ci reste centré sur le droit objectif et s'intéresse peu au droit matériel et à la protection des libertés des particuliers.

3. LE STATUT DU JUGE DANS UNE PERSPECTIVE PLUS EUROPÉENNE DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

Si le modèle américain de justice constitutionnelle se caractérise par ses contentieux subjectifs et ses procédures concrètes, tout entières tournées vers la protection des droits des individus, on peut dire que ce système se répand aussi en Europe, à la différence près qu'ici ce sont le plus souvent

¹² V. les statistiques indiquées par L. FAVOREU, in : Table ronde « Les juges constitutionnels », *AJJC* 1988, p. 141-154 (151).

¹³ ÖHLINGER, p. 94 et s.

des Cours spécialisées qui concentrent une partie (surtout le contrôle de la loi) du contentieux constitutionnel.

Là encore, il convient de réfléchir un instant au statut que stipule ce type de Cour constitutionnelle (A), avant d'en envisager les diverses concrétisations en Europe et les conséquences quant au statut du Conseil constitutionnel (B).

A) Les implications de cette perspective

Quelle est donc l'incidence de la multiplication des contentieux subjectifs et des procédures concrètes sur le statut du juge constitutionnel ? Indéniablement, celui-ci doit toujours apparaître compétent, indépendant et légitime. En ce sens, on peut constater à nouveau l'indifférence des finalités du contrôle au regard du statut du juge constitutionnel. Mais cette conclusion serait hâtive, car sans aucun doute, les mêmes exigences se présentent différemment, surtout plus sévèrement, dans cette perspective.

1. La compétence du juge au sens de sa qualification à juger les affaires qui lui sont soumises doit dans ce contexte être envisagée de manière plus large, car il ne s'agit pas seulement de se prononcer sur la régularité des procédures ou la compétence de l'auteur de l'acte (souvent le législateur) mais encore sur l'étendue et les limites des droits fondamentaux, sur leur conciliation et celle avec l'intérêt général, sur l'incidence des droits sur les autres branches du droit, etc. Il ne suffit donc pas que quelques juges aient eu une formation juridique, surtout si celle-ci relève du droit public ; il faut encore des praticiens et des spécialistes du droit privé.

2. Quant à l'indépendance, si elle est toujours aussi indispensable, elle requiert en outre de solides garanties d'impartialité ainsi que le montre d'ailleurs l'application des règles du procès équitable de l'art. 6 CEDH aux procès constitutionnels ayant une répercussion sur les droits civils des personnes ou qui sont relatifs au bien fondé d'une accusation pénale. Or, ces conditions sont-elles satisfaites lorsque les juges constitutionnels ne sont choisis que par l'exécutif ou la majorité parlementaire ou lorsque les juges constitutionnels peuvent poursuivre d'autres activités professionnelles ? Il me semble qu'une garantie véritable d'indépendance et d'impartialité exige l'introduction d'un minimum de pluralisme dans la désignation, l'élection du président de la Cour par ses pairs et une réglementation rigoureuse des incompatibilités. Ces éléments concourent d'ailleurs également au renforcement de la légitimité du juge qui doit pouvoir convaincre avec ses décisions.

B) Les pays qui s'en inspirent

La grande majorité des Etats ayant instauré une Cour constitutionnelle accorde aujourd'hui une place essentielle à la protection des droits et libertés. Parmi eux, il convient de mettre particulièrement l'accent sur ceux qui ont institué des recours constitutionnels spécifiques en vue de la protection des droits fondamentaux. C'est le cas principalement en Allemagne et en Espagne¹⁴ où le constituant a ainsi accordé aux droits fondamentaux une protection renforcée. Ces deux pays nous serviront pour cette raison d'exemples privilégiés sans négliger toutefois que, dans les autres Etats, les droits fondamentaux peuvent également faire l'objet d'une protection solide par la jurisprudence, comme notamment en Italie.

La question qui nous intéresse alors essentiellement est de savoir si les différences statutaires entre l'Allemagne, l'Espagne et l'Italie d'un côté et la France de l'autre sont importantes et significatives en ce qui concerne les modalités de désignation des juges et leur mandat.

a) *La désignation des juges*

1. Seule l'Allemagne¹⁵ connaît un système de désignation exclusivement parlementaire ; partout ailleurs, l'exécutif et éventuellement le pouvoir judiciaire y sont associés¹⁶. Ainsi les seize juges constitutionnels fédéraux allemands sont désignés pour moitié par le Bundestag et pour moitié par le Bundesrat ; l'élection par le Bundestag s'opère au scrutin indirect par une commission composée proportionnellement au Bundestag. La majorité requise dans chaque assemblée parlementaire est des 2/3. En Espagne, les autorités de désignation sont plus nombreuses. Sur les douze juges à élire, chacune des deux chambres parlementaires désigne quatre juges à une majorité des 3/5 ; le gouvernement choisit deux autres et deux sont enfin désignés par le Conseil général du pouvoir judiciaire¹⁷. En Italie, le

¹⁴ Le recours de droit public suisse est porté devant le Tribunal fédéral qui n'est pas une Cour constitutionnelle au sens étroit du terme et le recours direct institué en Belgique n'est pas spécifique aux droits fondamentaux.

¹⁵ A laquelle il convient d'ajouter le Portugal où 10 des 13 juges constitutionnels sont désignés par l'Assemblée de la République et les trois derniers cooptés par les premiers.

¹⁶ Ainsi le Grand Duc du Luxembourg est associé de manière assez limitée à cette désignation, puisque sur les neuf sièges à pourvoir, le Grand Duc peut choisir pour cinq juges entre trois propositions faites pour chaque poste par les juridictions suprêmes alors que les quatre autres juges sont membres de droit ; il s'agit des présidents des plus hautes juridictions.

¹⁷ Dont les membres sont cependant désignés par les deux chambres parlementaires à une majorité des 3/5, ce qui diminue le poids judiciaire notamment au regard de la solution italienne.

choix des quinze juges constitutionnels s'opère de manière tripartite : un tiers est désigné par le Parlement à une majorité des 2/3, un tiers est choisi par le Président de la République à titre de pouvoir propre et un tiers par les juridictions supérieures.

Contrairement à l'Autriche et à la France, l'exécutif est dans ces pays ou bien évincé ou bien « neutralisé ». S'il est absent en Allemagne, il joue un certain rôle en Espagne et en Italie, mais ce rôle semble contrebalancé par les désignations judiciaires dont le but est manifestement de dépolitiser le choix des juges. L'élément judiciaire n'est du reste pas complètement absent en Allemagne, puisque six des juges à recruter doivent avoir appartenu pendant au moins trois ans aux juridictions fédérales suprêmes. Etant donné les liens entre la majorité parlementaire et l'exécutif, ce qui paraît plus important, c'est que dans ces pays la désignation parlementaire requiert systématiquement la réunion d'une majorité qualifiée. Cette règle apparaît exemplaire ; elle met en lumière la distinction entre le temps de la loi et celui de la Constitution ; elle dépasse donc les clivages partisans et oblige à un consensus. En ce sens, elle garantit le pluralisme dans la procédure de désignation. Dans la pratique, ce dispositif a certes subi les dérives prévisibles : au mieux, le consensus est obtenu par des négociations entre les plus grands partis politiques, chacun disposant d'un certain nombre de droits de proposition, au pire il s'opère par l'addition des propositions partisans sans négociation, les deux pouvant d'ailleurs se combiner, par exemple dans le veto opposé par l'une des forces en présence à un nom proposé. L'élection des juges s'est donc politisée, ce qui défavorise indéniablement les candidatures apolitiques et les petits partis.

Cette dérive, particulièrement accusée en Italie, est regrettable ; on peut toutefois se demander si elle est évitable. Bien plus, force est d'admettre que la politisation est tout aussi présente en Autriche et en France mais on remarquera également combien cette politisation est rendue opaque lorsque la désignation n'appartient pas au Parlement. A ce titre, les pratiques récentes de la procédure italienne sont instructives ; en effet, le Président de la République qui dispose d'un droit propre pour la désignation des juges, au lieu de choisir des personnalités qui n'auraient aucune chance dans l'élection parlementaire, utilise ce droit dans une perspective purement politique de rééquilibrage des forces politiques et ce en dehors ou après les négociations entre partis¹⁸. En somme, l'intervention du Parlement rend plus visible le marchandage et est alors immédiatement incriminé alors que ce faisant, il assure au moins une certaine transparence et me paraît pour cette raison non une garantie d'une plus grande qualité mais du moins d'une plus grande honnêteté.

¹⁸ J.-C. ESCARRAS, « Rapport italien de la Table ronde sur " les juges constitutionnels " », *AJIC* 1988, p. 165-181 (168 et s.) et M. BAUDREZ et M.-P. ELIE, chronique Italie : « La vie de la Cour constitutionnelle en 1995 et 1996 », *AJIC* 1996, p. 750-769

Si le Conseil constitutionnel doit donc garder ou développer ses missions de protection des droits, il faudrait assurer à la désignation de ses membres une plus grande transparence en réservant une place à la désignation — disputée, donc négociée — par le Parlement.

2. Quant aux conditions que doivent remplir les candidats à une telle désignation, là encore les différences sont grandes entre la France et les autres pays européens, comme la comparaison avec l'Autriche l'a montré. Partout le droit constitutionnel exige au moins une formation juridique, voire l'exercice d'une activité professionnelle juridique ou l'appartenance aux plus hautes juridictions. Sur ce point encore, une réforme du Conseil constitutionnel apparaît indispensable quelle que soit à cet égard la pratique.

3. La désignation des juges comporte enfin le choix du président de la Cour. A ce titre, c'est une fois encore l'Allemagne qui fait exception mais pour ainsi dire en sens inverse, car les président et vice-président de la Cour sont désignés par le Bundestag et le Bundesrat, donc par les autorités de désignation, ce qui peut paraître fort critiquable. En revanche, en Espagne et en Italie, ce choix incombe à la juridiction elle-même.

b) *Le mandat des juges constitutionnels*

Sa durée est partout assez longue ; douze ans en Allemagne avec une limite d'âge à 68 ans, neuf ans en Espagne et en Italie. Mais ce qui importe surtout à cet égard, ce sont les garanties plus spécifiques d'indépendance et d'impartialité. La garantie la plus habituelle est celle de l'inamovibilité. La cessation des fonctions ne peut donc avoir lieu qu'en cas de décès, de démission ou encore s'il y a violation des obligations professionnelles, notamment en matière d'incompatibilité ou de manquement à l'obligation de réserve. Dans ces hypothèses, c'est la Cour constitutionnelle elle-même qui se prononce et qui constate éventuellement la cessation des fonctions. Les fonctions de juge constitutionnel sont dans les pays ici examinés conçues comme exclusives, seuls le métier de professeur d'Université étant généralement¹⁹ considéré comme compatible avec les fonctions de juge constitutionnel.

Dans la perspective d'une Cour protectrice des droits, le statut du Conseil constitutionnel s'avère en conséquence nettement insuffisant. C'est surtout la procédure de désignation des juges et de leur président qui mériterait d'être réformée. Pour ne prendre que quelques exemples, on ne reprocherait pas aussi facilement au Conseil constitutionnel d'avoir adopté

¹⁹ Sauf en Italie où même cette activité est considérée comme incompatible.

des décisions partisans, que ce soit dans le contrôle de la loi ou en tant que juge électoral, si sa désignation était plus pluraliste et plus transparente ; on insinuerait moins la complicité entre le président du Conseil et celui de la République si ce dernier ne désignait plus le premier. Quant au mandat des juges, ce sont les incompatibilités et plus précisément les activités annexes qu'il conviendrait d'interdire à l'exception peut-être des fonctions de professeur d'Université ; tout dépend à cet égard de la charge de travail du juge constitutionnel.

Car évidemment, il ne suffirait pas de modifier le statut de ce dernier. Ses attributions devraient de la même manière être élargies et peut-être conviendrait-il de réfléchir également au style de rédaction de ses décisions, voire à l'introduction d'opinions dissidentes²⁰. L'allure actuelle des décisions du Conseil s'inscrit certes dans le droit fil de la tradition judiciaire française ; il n'en demeure pas moins que des décisions d'une telle importance nécessiteraient peut-être une plus ample motivation afin de consolider et d'accroître la légitimité du juge constitutionnel et de ne pas l'exposer à des critiques injustifiées mais seulement à la discussion publique indispensable.

²⁰ Cf. le débat organisé par D. ROUSSEAU sur cette question au n° 8 des *Cahiers du Conseil constitutionnel*.

